

Taquet, Clesse & Van Eeckhoutte

ASSOCIATION D'AVOCATS | BRUXELLES • LIEGE • GAND
ADVOCATENASSOCIATIE | BRUSSEL • LUIK • GENT

Les barèmes liés à l'âge et la discrimination

Etat des lieux et perspectives

Pierre Joassart

Avocat

Assistant à l'U.C.L.

Taquet, Clesse & Van Eeckhoutte

166 chaussée de la Hulpe

1170 Bruxelles

Tél.: 02/660.69.00

p.joassart@bellaw.be

I. Historique

- 1. La discrimination dans les relations de travail avant la directive 2000/78**
- 2. La directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre légal en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail**
 - Délai de transposition : 2 décembre 2003
 - Exception: 2 décembre 2006 pour discrimination fondée sur l'âge
- 3. La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination**
- 4. La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination**

5. **La 1ère lettre du ministre Vanvelthoven aux partenaires sociaux
(novembre 2006)**
6. **L'accord inter-professionnel 2007-2008**
7. **La 2ème lettre du ministre Vanvelthoven aux partenaires sociaux
(février 2007)**
8. **L'abrogation de certains barèmes à l'âge à partir de 2009**
9. **Les CCT avec des barèmes d'expérience ou d'ancienneté**
10. **La lettre de la ministre Milquet aux partenaires sociaux
(décembre 2008)**

II. Situation juridique actuelle

1. L'illégalité:

➤ Art. 7 de la loi du 10 mai 2007 :

« Toute distinction directe fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination directe, à moins que cette distinction directe ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires. »

➤ Art. 8 de la loi du 10 mai 2007 :

« Par dérogation à l'article 7, (...), une distinction directe fondée sur l'âge, (...) peut uniquement être justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

§ 2. Il ne peut être question d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante que lorsque :

- une caractéristique déterminée, liée à l'âge, (...) est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, (...) »

➤ Art. 12 de la loi du 10 mai 2007 :

« En matière de relations de travail et de régimes complémentaires de sécurité sociale, et par dérogation à l'article 8 (...), une distinction directe fondée sur l'âge ne constitue pas une discrimination lorsqu'elle est objectivement et raisonnablement justifiée, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail ou tout autre objectif légitime comparable, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. »

➤ **Prima facie: barèmes liés à l'âge illégaux**

2. Les solutions juridiques envisageables

- **La comparabilité**
 - ✓ comparaison de type abstraite: « *traité de manière moins favorable qu'une personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* » (art. 4, 10° de la loi du 10 mai 2007)
- **L'existence d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes**
- **La justification par un objectif « semblable » à ceux de politique de l'emploi et de marché du travail**

- 3. Les sanctions en cas d'illégalité**
- **La nullité (art. 15 de la loi du 10 mai 2007) avec levelling up**
 - Csq: un travailleur peut réclamer le barème le plus élevé de sa catégorie**
 - Rem : responsabilité civile des partenaires sociaux et du Roi**
 - **L'action en cessation (art. 20 de la loi du 10 mai 2007) en vue de « faire cesser » une disposition discriminatoire d'une CCT (cfr. experts)**

4. La situation après abrogation ou dénonciation d'une CCT contenant des barèmes liés à l'âge

- **Art. 23 de la loi du 5 décembre 1968 pour les travailleurs « en service »
(mais illégalité !)**
- **Rien pour les nouveaux travailleurs
(mais discrimination ?)**

III. Difficultés futures

- 1. Eventuelle discrimination indirecte des barèmes d'expérience**
 - **L'assimilation de périodes d'expériences de vie**
 - **Risque de discrimination sur base d'autres motifs**
 - **Absence de certitude de non discrimination (arrêt Cadman)**

- 2. Eventuelle discrimination indirecte dans tous les barèmes**
 - **Caractère « individualiste » du principe de non discrimination**
 - **Absence de moyen d'éviter des contestations de légalité**
 - **Vers une disparition du barème ? : individualisation de la négociation sociale**

Transformation des barèmes à l'âge : vision syndicale et travaux des partenaires sociaux dans les commissions paritaires du secteur finances

1. D'où je parle

- 1.1. CNE et front commun des organisations syndicales
- 1.2. Partenaires sociaux (travailleurs et employeurs) des CP du secteur Finances

2. La conclusion de P. Joassart est une bonne intro : une de mes thèses = attaque contre les barèmes

Pour expliquer cela : aussi un rapide historique

Situation de base

Lettre novembre 2006 :

- critère d'âge doit disparaître en tout état de cause ;
- plus de force obligatoire des CCT qui le contiennent dès 2007 ;
- neutralité budgétaire et sociale (« si je peux rendre service... »)

Discussion décembre/janvier

Phase 1

- Nous (OS) considérons que le critère d'âge peut être soutenu (y compris en justice) comme légitime, approprié et nécessaire ;
- nous ne pouvons donc en parler que dans le cadre du statu quo ou de l'amélioration pour les travailleurs ;
- pour cela il faut du temps ! mais s'il est possible de trouver des justifications au critère d'âge, il est a fortiori possible d'en trouver pour justifier une période transitoire (jurisprudence statut ouvriers/employés !):

Ce schéma est accepté par le ministre (sous réserve qu'il n'ait pas à se prononcer sur le premier point), avec les conditions induites par le raisonnement, mais aussi ses objectifs : statu quo ou amélioration.

Phase 2

Accord de la FEB dans un premier temps et préparation d'une lettre du groupe des 10.

Finalement, refus de la FEB, mandat probablement refusé à cause du désir de ne pas s'inscrire dans un cadre aussi balisé (ce qui est logique, certains employeurs ou fédérations patronales ayant intérêt à s'inscrire dans un contexte où le seul élément pris en compte est l'illégalité du critère d'âge, sans plus).

Phase 3

Le ministre endosse la négociation et renvoie à son nom une lettre explicative de la première avec une modalisation, à destination des commissions paritaires.

A ce moment, aux yeux des organisations syndicales, et paradoxalement peut être, une lettre du ministre est meilleure d'un point de vue juridique et politique, dans la mesure où le gouvernement n'est pas simple spectateur mais a pris parti sur la solution proposée et s'est donc prononcé sur ses fondements. Mais par contre, une lettre du G10 aurait évidemment eu un poids moral beaucoup plus important en négociation car le désengagement in extremis de la FEB avait pour but de réserver le droit des employeurs qui le voudraient de réfuter la lettre du ministre, et donc de ne pas s'engager dans une opération véritablement neutre socialement.

Par contre, contrairement à ce qui s'était passé dans tous les dossiers importants de ces dernières années, les employeurs ne pouvaient plus s'appuyer de la même façon sur la menace habituelle du droit et de l'intervention gouvernementale ; et ce d'autant moins que le gouvernement avait exprimé un certain nombre de principes de non discrimination et de neutralité qui les gênaient, et que même les conciliateurs sociaux avaient reçus des instructions claires à ce sujet.

S'il n'y avait donc qu'un intérêt à cette seconde lettre de Vanvelthoven, ce serait celui-là. Il était donc important que les centrales d'employés ne tombent pas dans le piège de lire ce courrier comme « signifiant la fin des barèmes », puisque c'était contraire à son contenu réel, pour peu qu'on l'analyse avec rigueur, ce que nous étions a priori les seuls (OS) à avoir intérêt à faire.

Nous étions donc à ce moment, c'est ma lecture des événements, au cœur d'une bataille fondamentalement idéologique, qui se déroulait au niveau interprofessionnel et visait in fine à profiter d'une interprétation restrictive de la Directive anti discrimination pour mettre en cause le système des barèmes en lui-même

3. Dans les commissions paritaires « finances » phase de débats « durs mais justes »

Personne n'avait bien sûr clairement déclaré ou ouvertement reconnu vouloir remettre en cause le principe même de la barémisation. Mais je pense que les porte-parole des associations patronales des secteurs finances n'ont jamais au contraire de certains de leurs collègues, voulu attaquer les barèmes. Dans mon langage, on dit qu'ils ont été « réglos ». Et très vite, ma thèse qui affirme la barémisation comme une programmation négociée de l'évolution des rémunérations minimales au long de la carrière professionnelle les a convaincu de déclarer ensemble que notre mécanisme de politique salariale qui combine une structure barémique et une classification de fonctions (à laquelle malheureusement on ne fait pas référence dans ce dossier, bien qu'elle en soit un point d'appui essentiel) était un élément fondamental de la concertation sociale et un pilier important du maintien de la paix sociale.

Dans le secteur des banques, par exemple, nous avons écrit dans une CCT que le souci d'offrir aux travailleurs un système conventionnel de rémunération qui soit juste, équitable et non-discriminatoire avait toujours animé les partenaires sociaux, tant au niveau des organisations représentatives des employeurs que des organisations représentatives des travailleurs. Le

système conventionnel de barèmes à l'âge en vigueur jusqu'ici pour les travailleurs relevant de la Commission paritaire remplissait évidemment à leurs yeux ces conditions. C'est pourquoi il a été régulièrement reconduit. Les parties tiennent à souligner que cette conclusion et cette reconduction ont eu lieu dans l'exercice de leur mission représentative légale des employeurs et de leurs travailleurs, telle qu'elle est définie par le cadre général de la concertation en Belgique

C'était donc bien de cela que l'on a pu discuter avec les employeurs: pouvait-on envisager le maintien provisoire ou définitif de barèmes à l'âge, et si non, par quoi fallait-il le remplacer ?

4. Détermination du critère remplaçant l'âge

4.1. Les premières études confirment l'âge comme le critère le moins discriminatoire

Les barèmes que nous avons reconstruits dans les négociations au sein des différentes commissions paritaires des secteurs finances sont aujourd'hui basés sur l'expérience ; c'est le critère principal choisi par les partenaires sociaux.

Et pourtant, cette première décision nous posait déjà fondamentalement problème car, après une étude approfondie, les barèmes à l'âge intégrés aux autres éléments de la politique salariale globale ne nous (partenaires sociaux) sont pas apparus en contradiction avec les objectifs de la loi contre les discriminations. Jusqu'à présent, cette question n'a d'ailleurs reçu de réponse que sur base d'*a priori* non étayés. Les réflexions menées au sein des secteurs nous ont en effet amené à affirmer que le système des barèmes à l'âge, combiné à des classifications de fonctions neutres sur le plan de l'âge et du genre, était celui qui offrait le plus de garanties de non-discrimination. Chaque autre système éventuel que nous avons étudié (nous pourrions éventuellement en discuter plus avant tout à l'heure) induisait des discriminations directes ou indirectes plus importantes en matière d'âge ou de genre, notamment.

Les partenaires se sont donc trouvés dans la situation paradoxale d'être intimement convaincus que leur système global de politique salariale comprenant des barèmes à l'âge était le moins discriminatoire possible, et dans le même temps dans l'obligation d'en changer pour le respect d'une directive anti-discrimination.

4.2 Le choix du critère de l'expérience

Le critère de l'expérience que nous avons finalement choisi de valoriser – de même que l'ancienneté – est un critère annoncé à l'époque par le ministre Vanvelthoven comme parfaitement compatible avec la loi et la directive. Vous particulièrement, juristes praticiens du droit social, savez qu'il existe en politique et en droit un principe qui veut que l'autorité garantisse une cohérence dans l'interprétation ou les positions préparées par l'administration et déclarées par le ministre ; ces positions ne peuvent être l'objet sans autre forme de procès de modifications importantes à chaque changement de ministre responsable... et pourtant c'est ce qui se passe dans ce dossier ! Les partenaires sociaux ont suivi scrupuleusement les prescrits détaillés dans le courrier leur adressé par un Ministre, et se voient potentiellement désavoués par un de ses successeurs.

Nous aurions pu par ailleurs conserver une distinction directe fondée sur l'âge (cette idée est reprise dans un article de Monsieur Joassart), mais dans ce cas la justification n'aurait pu y être apportée que par une « exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Or, ce concept est, par son essence, restrictif et la loi précise que cette caractéristique doit l'être

« en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées », tout en reposant sur un objectif légitime et proportionné.

Et c'est ce que – bien que ne situant plus du tout dans une logique de distinction basée sur l'âge mais bien sur l'expérience, c'est donc ce que les partenaires sociaux des secteurs finances ont légitimé dans les différents accords et conventions de 2007 et 2008 en rappelant l'importance pour l'activité de ces secteurs de compétences non-techniques (parfois appelées « soft skills ») chez les travailleurs qui apportent une réelle valeur ajoutée à l'entreprise et qu'il convient donc de rémunérer. Les accords signés dans les différents secteurs entérinent ce principe et ont choisi dans un premier temps le terme de « expérience de vie » pour le cerner au mieux. Je voudrais insister d'ailleurs sur le fait que les travaux spécifiques dans les différentes commissions paritaires du secteur finances ont amené les partenaires à définir et prendre en compte de manière différentes ces « compétences non-techniques » à valoriser.

Pour vous resituer l'aspect « historique », nous sommes donc maintenant à la fin du premier semestre de 2007. Les principes généraux qui ont guidé nos travaux ainsi que le critère de l'expérience sont donc coulés dans des CCT qui sont enregistrées au greffe, et qui obtiennent la force obligatoire par arrêté royal !

5. Travail de concrétisation « technique » de ces CCT de 2007

Une convention sectorielle peut elle affirmer d'une manière générale que en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, la reconnaissance de l'expérience (ou expérience de vie) est un moyen légitime et proportionné ?

Une bonne connaissance du modèle de concertation belge, ainsi que de la structure des politiques salariales dans les différents secteurs concernés tend effectivement à le démontrer. En effet, la progression barémique ainsi que la structure de la classification des fonctions négociées dans les différentes commissions paritaires ne déterminent que des niveaux de rémunération minimum pour les travailleurs dans les catégories considérées.

Nous avons donc travaillé suivant cette logique dans les différentes commissions paritaires et réaffirmé dans des conventions sectorielles séparées la priorité donnée à la mise en place de classifications de fonctions comme base pour des barèmes non discriminatoires. En effet, nos systèmes de classification de fonctions, couplés aux barèmes à l'expérience telle que définie permettent de garantir plusieurs points qui nous sont apparus comme fondamentaux dans ce débat : une totale égalité entre hommes et femmes ; une grande transparence du système salarial ; un système de catégorisation qui inspire la confiance de tous les partenaires, syndicaux et patronaux ; la possibilité d'inclure dans le même système de comparaison les ouvriers, les employés et les cadres, et enfin la volonté d'éviter toutes les autres formes de discriminations directes ou indirectes, définies légalement ou non comme par exemple les discriminations dues aux statuts.

De plus, il faut rappeler que les partenaires sociaux ont et usent de la faculté de déterminer dans les entreprises des critères supplémentaires qui organisent les possibilités d'évolution de carrière

professionnelle, d'évaluation du travail effectué ou de valorisations financières particulières de l'activité du travailleur. Il n'est pas rare enfin, de constater que des éléments supplémentaires de rémunération individuelle soient négociés directement et de manière bilatérale entre l'employeur et le travailleur concerné. Les barèmes sectoriels basés sur l'expérience ne déterminent donc qu'en partie la rémunération globale du travailleur et sont donc, à ce titre, parfaitement légitimes et proportionnés.

6. La définition de l'expérience et des périodes assimilées

Nous arrivons ici à un moment particulier de l'histoire car les différentes commissions paritaires qui ont jusqu'ici mené des travaux portant sur les idées et les principes et qui les ont mené de manière fort semblable (et qui, je le répète, ont été traduits dans des CCT qui ont reçu la force obligatoire), ces différentes commissions paritaires, donc, s'attèlent maintenant à traduire ces principes et décisions dans des mesures concrètes et applicables dans leurs champs d'actions particuliers. Nous sommes à la rentrée sociale de 2007.

Je pense que ce n'est pas l'objet ce soir de détailler les mesures et décisions spécifiques prises par les partenaires dans chacune de ces commissions paritaires ; les textes sont publiés, et chacun pourra s'y référer s'il ou elle le souhaite. Mais ce qui est important de dire, c'est qu'après un peu moins d'un an de travail et de négociations, les partenaires sociaux ont abouti dans chacune de ces commissions paritaires à définir l'expérience ainsi que l'ensemble des situations qui devaient lui être assimilées car apportant une réelle valeur ajoutée à l'entreprise et qu'il convient donc de rémunérer.

Les partenaires sociaux, Mesdames, Messieurs, ne sont pas que des théoriciens : beaucoup d'entre eux (et souvent sur le banc patronal, il est vrai) sont des juristes, et leur mission, avec tous les autres négociateurs, est de rendre des choses possibles ; de conclure des accords qui permettront à chacun de vivre, de travailler au sein des entreprises et de permettre à celles-ci de fonctionner au mieux. C'est quelque chose de très concret, qui prend ses racines dans la vie des gens et des entreprises. Je vous en donne un exemple : au-delà des réflexions à caractère juridique pointu que nous pouvons mener aujourd'hui sur l'avenir des barèmes salariaux et sur l'hypothèque qu'un travailleur ou un employeur individuel pourrait faire peser sur leur avenir, la question qui est posée de facto aux négociateurs sectoriels c'est de baliser les conditions d'un contrat réel qui sera passé demain. Pour avoir un contrat et donc un salaire, il faut être deux. Il appartient à l'employeur et au travailleur d'accepter ou non le « prix » éventuel demandé ou proposé pour le travail. La question concrète de l'application du barème sectoriel dans la rémunération globale est toujours postérieure à la décision ou non d'embaucher tel travailleur précis pour telle fonction précise. La question n'est donc pas théorique ou hypothétique. Elle est concrète et quotidienne. Et des questions concrètes, nous avons dû en traiter par dizaines. Et particulièrement dans la question des assimilations.

Ces situations assimilées à l'expérience sont, in fine, différentes suivant nos secteurs ; mais qui, mieux que les partenaires sociaux qui connaissent la réalité spécifique de la vie professionnelle dans

leurs entreprises, serait habilité à déterminer ces éléments de valeur ajoutée qu'il convient de prendre en compte ? Et qui pourrait les contester légitimement s'il ne poursuit en fait un objectif purement personnel ou idéologique ?

Oui, nous avons ensemble été d'accord pour dire que des périodes de chômage devaient être partiellement ou totalement prises en compte ; oui nous avons dit la même chose pour des années d'études, pour des périodes de suspension de contrat de travail ou d'autres situations de vie concrètes. Et oui, nous l'avons dit de manière différente suivant les commissions paritaires et la réalité des entreprises qui ressortissent à leurs champs de compétences. Et oui aussi, depuis le premier jour où le monde extérieur a commencé à prendre connaissance de nos travaux sur les assimilations, un lobbying extraordinaire s'est développé en vue de les faire contester. Le lendemain du jour où la commission paritaire des assurances a conclu son premier accord, une part importante du monde patronal interpellait la FEB et l'UCM pour qu'elles s'opposent par tous les moyens à ce qui se développait dans nos secteurs. Jamais je ne croirai que c'était suite à une longue nuit blanche d'analyse de nos textes en vue d'éviter des discriminations. Et j'assume entièrement la probable partialité de mon point de vue.

7. Conclusions

Voilà, je ne vais pas vous ennuyer plus longtemps et si vous le souhaitez nous pourrions continuer les échanges sur tous les thèmes abordés ce soir. Mais en guise de conclusion, je voudrais que vous m'autorisiez un « coup de gueule ».

Vous le savez, Mesdames Messieurs, je ne suis pas un juriste et vous pourrez très certainement mieux que moi mettre les mots qu'il faut sur l'indignation qui me pousse à avancer depuis des mois dans ce dossier.

Pierre Joassart nous l'a dit tout à l'heure : une lecture strictement juridique et restrictive des textes légaux qui pourtant traduisent une véritable volonté de donner à chacun les mêmes droits et les mêmes chances sans discrimination, cette lecture restrictive nous fait courir le risque d'une discrimination potentielle dans tout système de rémunération collectif et négocié ; elle nous fait courir le risque d'une absence de moyen d'éviter des contestations de légalité, et celui plus grave encore d'une disparition des barèmes et de l'individualisation de la négociation sociale. Pourquoi dis-je « plus grave » ? Parce que **toujours, les partenaires sociaux ont été parfaitement conscients que les accords qu'ils passent sont sujets à amélioration ; et c'est comme ça que le droit social évolue sans cesse. Et jamais non plus l'Etat belge n'a eu par le passé de garantie absolue que les conventions auxquelles il donnait force obligatoire étaient à 100% exemptes de tout risque de se voir contestées un jour, voire attaquées au tribunal. Mais ce qui est grave à mes yeux, c'est le repli frileux de la Ministre de l'emploi conseillée par son administration par rapport à son rôle fondamental pour le modèle de concertation sociale en ce qu'il donne la force d'une loi à des décisions des partenaires sociaux. Demain, dans ce dossier, les résultats des négociations des partenaires sociaux dans quelque secteur professionnel que ce soit seront passés au crible d'une commission d'experts et du centre pour l'égalité des chances ! Je ne crains pas pour les conventions passées dans les commissions paritaires des secteurs finances. Nous avons été au bout d'un travail sérieux et fouillé d'argumentation et de motivation de nos décisions. Je crains**

par contre ces attaques répétées contre notre modèle de concertation ; je crains ces hésitations et attermolements, ces raisonnements fallacieux qui laissent croire que la négociation individuelle pourrait remplacer le droit social collectif pour garantir à tous une société plus juste et moins discriminatoire.

Tous ici, nous sommes des praticiens du droit social. Quelle que soit notre situation professionnelle, juriste ou non, dans un cabinet d'avocats, un syndicat, une administration ou ailleurs, nous pourrions nous recycler si demain cette hypothèse extrême devenait réalité. Nous ferions peut être encore du droit, mais plus du droit social !

Je vous remercie